TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2023/2024

CONVOCATORIA SEGUNDO CUATRIMESTRE

EL AGENTE ENCUBIERTO COMO DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN

AUTORA: Mancebo Borja, Andrea

TUTOR: Arroyo Romero, Javier

En Fuenlabrada, a 29 de mayo de 2024

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 1
EL AGENTE ENCUBIERTO. ASPECTOS GENERALES 1
I. Concepto 1
1. El agente encubierto. Término 1
1.1 Agente encubierto informático 2
1.1.1 Principios del agente encubierto informático 3
2. El agente encubierto en la legislación española 4
II. La figura del agente encubierto 5
1. Autorizados a actuar 5
2. Diferencias con otras figuras 6
2.1. Los agentes dobles 6
2.2 Agentes con objetivos de inteligencia policial 7
2.3 El confidente 7
2.3.1. Denunciante controlado por la policía 7
2.4 El arrepentido 8
2.5. El agente provocador 8
2.5.1. El delito provocado 9
III. Tipos de operaciones encubiertas 9
IV. Presupuestos de infiltración policial 10
1. Investigaciones vinculadas a actuaciones de redes criminales (delincuencia organizada) 10
1.1. Organización criminal 10
2. El objetivo de la infiltración sea la recopilación de pruebas no accesibles de otro modo. 10
3. Necesaria para los fines de la investigación 11
4. Proporcionada a los objetivos que se pretenden alcanzar 11
5. La operación de infiltración tiene que hacerse acorde al principio de especialidad .. 12
V. Autorización Judicial 12
1. Solicitud policial de infiltración 12
2. Utilización de la identidad ficticia. Principal requisito: autorización 14
2.1. Autorización del Juez o del Fiscal 15
2.1.1. Juez 15
2.1.2. Fiscal 15
3. Motivación 16

4. Notificación de la resolución autorizante 16
5. Control de la actuación 17
VI. Actuación del agente encubierto 18
1. Capacidades del agente encubierto 18
2. Agente – Investigado: Grabación de conversaciones y comunicaciones electrónicas. 19
3. Actuaciones del equipo de investigación 20
4. Duración de la actuación 20
4.1. Infiltración – Secreto de sumario 21
4.2. Infiltración – Prórroga 22
VII. Responsabilidad Penal del Agente 22
1. Limitaciones en su actuación 23
2. Tipos de responsabilidad 23
2.1 Responsabilidad Civil 23
2.1.1. Responsabilidad civil extracontractual 23
2.1.2. Responsabilidad civil contractual 24
2.2 Responsabilidad Penal 25
2.3 Responsabilidad Disciplinaria 26
VIII. Extinción de la infiltración 26
CONCLUSIONES 28
JURISPRUDENCIA 1
BIBLIOGRAFÍA 2

INTRODUCCIÓN

El tema central del presente trabajo fue elegido en primer lugar, por el interés que despertó en mí una charla universitaria sobre el tema en cuestión. Tras la misma decidí informarme más sobre las funciones del agente infiltrado y concretamente en qué casos era de aplicación esta figura, pues la primera gran pregunta que me hice al respecto fue ¿puede un agente encubierto adentrarse en toda clase de situaciones?

Durante el desarrollo de este trabajo responderé a esta y otras muchas preguntas que pueden surgir al pensar en la figura del agente encubierto.

El trabajo ha sido elaborado partiendo desde la premisa mayor a la premisa menor, es decir, comenzaré tratando cuestiones como qué es o a qué denominamos "agente encubierto" y poco a poco nos iremos adentrando hacia aspectos como, cuáles son sus principales diferencias con otras figuras, los presupuestos de aplicación o qué tipo de responsabilidades son exigibles al agente y en qué circunstancias.

Para muchos de los aspectos que definen la situación actual de la regulación de esta figura, durante todo el trabajo encontraremos referencias a sentencias del Tribunal Supremo, pues las circunstancias actuales que envuelven a la situación jurídica del agente encubierto se sustentan en gran parte, en la jurisprudencia, así como en la LECrim.

El principal obstáculo a la hora de la elaboración del trabajo ha sido el filtrado de datos, pues sobre este asunto hay gran cantidad de información al respecto y elaborar una idea propia sobre el tema ha supuesto un reto. Al hilo de este asunto, me gustaría destacar que en la búsqueda de información he descubierto grandes autores que han tratado durante años sobre este tema y sus opiniones al respecto son sumamente interesantes.

EL AGENTE ENCUBIERTO. ASPECTOS GENERALES

I. Concepto

1. El agente encubierto. Término

El agente encubierto es un concepto definido en multitud de ocasiones a lo largo de la historia mediante la utilización de diferentes sinónimos, pero encaminados todos ellos al mismo significado.

A la luz del compendio de definiciones existentes y conforme al criterio más generalizado, el agente encubierto puede definirse como: aquel agente de policía que, actuando bajo una identidad supuesta, llevará acabo una actuación (siempre bajo control de un juez), con el objeto de investigar la delincuencia organizada, así como delitos de complicada averiguación. El empleo del agente encubierto será de aplicación cuando hubieran fracasado la adopción de otras medidas o éstas sean insuficientes para desvelar tales delitos. (La Ley. Soluciones Legales, S.A., s.f.)

Como podemos observar, el concepto objeto de estudio, está formado por dos palabras cuyo origen individual, parte en primer lugar de un agente policial, "agente" y de la ocultación de identidad, así como de la condición de policía "encubierto". (Sancho Monclús, 2018).

El término encubierto lo encontraremos definido de manera detallada en la STS 1140/2010, de 29 de diciembre [1] : término utilizado con el fin de designar a aquellos funcionarios de policía que actúen mediante una identidad supuesta, en la clandestinidad y con el objeto de prevenir una actividad delictiva o que pudiera constituir delito. Será aquel policía judicial, que, elegido tras una minuciosa selección, actúa mediante identidad supuesta con sujeción pasiva a la Ley y siempre mediante un expreso control del juez.

Habida cuenta que el fin de la actuación del agente es la averiguación de aquellos delitos que son propios de la delincuencia organizada, su cumplimiento permite que las autoridades tengan acceso a información tal como la estructura de las mencionadas organizaciones, el modo de actuar de las mismas, así como la obtención de aquellas pruebas que permitan vincular la autoría de los delitos cometidos, con los miembros de la organización.

La actuación de la infiltración, el profesor Gascón Inchausti (2001, pág. 10) la define como aquella acción realizada por aquel, que, al objeto de conseguir información reservada de determinadas organizaciones, actúa bajo una identidad supuesta ocultando sus verdaderas intenciones y se vincula con las personas que aparentemente podrán proporcionársela. En el futuro vinculo que se creará con estos sujetos, surgirá una aparente atmósfera de confianza, herramienta que éste utilizará para conseguir la pretendida información.

No obstante, se indica también en la definición proporcionada por la sentencia (STS 1140/2010, de 29 diciembre 2010), que será necesario distinguir a su vez al agente encubierto, de aquel otro que, en su condición de funcionario de policía, oculta este hecho de manera ocasional a fin de descubrir un delito que ya ha sido perpetrado.

1.1 Agente encubierto informático

Siguiendo la línea de investigación del profesor Martínez Atienza (2020), es cierto que en la sociedad actual "de la información y conocimiento", las nuevas tecnologías deben ser utilizadas en los procesos de investigación por parte de las autoridades, especialmente con el propósito de descubrir los delitos informáticos.

En la sociedad actual la principal ventaja con la que contamos a la hora de aplicar las medidas tecnológicas a los procesos de investigación es que permite obtener pruebas sobre prácticamente cualquier tipo de delito, pues los dispositivos electrónicos son una evidencia muy valiosa debido a su alta capacidad de almacenamiento y a su utilización para casi cualquier clase de comunicación.

En la actualidad, son las Tecnologías de la Información y la Comunicación las más utilizadas con fines delictivos. Desde las más altas organizaciones internacionales se ha instado a que los Estados adopten los medios adecuados en sus respectivas legislaciones procesales a la concreta naturaleza de los nuevos sistemas y comunicaciones electrónicos e informáticos.

[1] (STS 1140/2010, de 29 diciembre 2010)

Teniendo en cuenta la situación descrita, mediante la LO 13/2015, de 5 de octubre, se introdujo una modificación en la LECrim (de la que trataremos en profundidad más adelante) por la que fortalecieron las garantías procesales, así como las medidas sobre investigación tecnológica. Supuso la normalización de los procedimientos de investigación tecnológica en cuanto al derecho a la intimidad, protección de datos personales o secreto de las comunicaciones se refiere.

V. Gimeno Sendra, citado por Martínez Atienza (2020, pág. 11) afirma que, actualmente nuestra justicia penal destaca por su exigencia en acabar con las reformas parciales a la LECrim y optar por la promulgación de un Código Procesal Penal nuevo, que se adecúe a nuestra Constitución, así como a las nuevas exigencias que requiere la sociedad democrática contemporánea.

1.1.1 Principios del agente encubierto informático

Para tratar los principios que rigen las investigaciones de los agentes encubiertos informáticos y continuando bajo la perspectiva de Martínez Atienza (2020), he de hacer en primer lugar mención al artículo que trata el asunto en profundidad, y este es el artículo 588.bis.a.1 LECrim.

El mencionado artículo indica que, durante el período de tiempo que dure la instrucción de la causa, podrán acordarse algunas medidas de investigación que se encuentran reguladas en el mismo capítulo de la Ley. Lo anterior será de aplicación, siempre que medie autorización judicial dictada con absoluta sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. (BOE num 260, 17 de septiembre de 1882)

Como podemos observar son cinco los principios referidos por el apartado uno del mencionado artículo.

- → Especialidad: las medidas e investigación adoptadas habrán de estar relacionadas directamente con un delito concreto, pues no es posible que se autorice la implantación de procedimientos de investigación tecnológica, sin la previa existencia de una base fundada, con el fin de prevenir o evitar actos de delincuencia cibernética.
- → Idoneidad: delimitación del alcance tanto objetivo como subjetivo, así como la duración de la medida en términos de su utilidad.
- → Excepcionalidad y Necesidad: la aplicación de la medida únicamente procederá cuando:
  - Cuando atendiendo a las circunstancias dadas, no sea posible la aplicación de medidas menos perjudiciales para los derechos fundamentales del investigado y estas resulten del mismo modo ventajosas para el conocimiento de los hechos.
  - Cuando el hecho de obviar la aplicación de esta medida suponga un obstáculo prácticamente insalvable a la hora de conocer quién es el autor de los hechos, donde se alberga o la prueba definitiva del hecho delictivo.
- → Proporcionalidad: la proporcionalidad de las medias se determinará teniendo en cuenta tanto las características de cada situación, es decir, adaptado al caso

concreto, como el hecho de que el perjuicio que su aplicación conlleve para los intereses afectados, en ningún caso supere los beneficios que su implantación pudiera genera en el interés general.

2. El agente encubierto en la legislación española

Mediante la LO 5/1999, de 13 de enero [2] se incorporaron por primera vez las características que había de tener el procedimiento de infiltración, así como la regulación relativa a la figura del propio agente encubierto. Todo ello se recogía en el artículo 282 bis de la LECrim[3], artículo en el que más adelante profundizaremos según avance el trabajo.

Tal como indica Valdivieso Alonso (2022), lo que verdaderamente es innovador en esta regulación, es la consideración del agente encubierto como una técnica de investigación procesal que permitirá considerar válidas procesalmente, las pruebas obtenidas por el agente durante el trascurso de su investigación. Pues hasta ahora eran únicamente consideradas como un recurso para la obtención de información.

El punto desde el que se plasmó la existencia de esta figura estuvo enfocado hacia una mejora del procedimiento de investigación a fin de hacerle frente a los delitos cometidos por las organizaciones criminales, concretamente en los asuntos que se referían a la circulación de drogas o sustancias tóxicas. El agente encubierto era una de las pocas formas que tenían las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de enfrentarse a estas organizaciones, que en multitud de ocasiones están formadas por grandes grupos de personas que se desenvuelven en diferentes núcleos de la sociedad, llevando a cabo actos delictivos de manera subrepticia, por lo que la tarea de descubrirlos puede convertirse en un verdadero laberinto.

Al hilo de la exposición de motivos de la LO 5/1999, el legislador, teniendo en cuenta la principal característica de esta figura, como era su confidencialidad, dispuso que la exploración de medios jurídicos efectivos a la hora de enfrentarse al crimen organizado no ha de suponer un perjuicio para el pleno ejercicio y conservación de los derechos, principios y garantías constitucionales. El precepto exige, que en el supuesto que exista conflicto, el mismo sea resuelto a favor de los principios, derechos y garantías constitucionales, pues los mismos constituyen el fundamento del sistema democrático[4].

Con posterioridad, mediante la LO 13/2015[5], se introdujo en el art. 282 bis LECrim la figura del agente encubierto informático, puesto que al igual que la sociedad, las tecnologías y con ellas las técnicas de investigación, avanzan. Mediante esta modificación se permitió, además, una mayor protección de las garantías procesales del agente. La mencionada Ley, concretamente en sus apartados sexto y séptimo citados por Laura Valdivieso (2022), establece que:

→ Sexto: a través de una autorización por parte del juez instructor, se podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para que lleven a cabo comunicaciones a través de canales cerrados, actuando mediante identidad

[2] (BOE, 14 de enero 1999)
[3] Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE num 260, 17 de septiembre de 1882)
[4] (BOE, 14 de enero 1999)
[5] (BOE, 6 octubre de 2015)

supuesta, con el objetivo de sacar a la luz delitos previstos en el aparatado cuarto del artículo 282 bis de la LECrim o del artículo 588 ter a.

Por medio de una autorización expresa, el agente encubierto informático quedará autorizado al envío o intercambio de archivos de contenido ilícito por su contenido, así como a proceder al correspondiente análisis de los algoritmos que hubieren sido empleados al objeto de poder identificar tales archivos.

→ Séptimo: aún en los casos en que un encuentro entre el agente encubierto y la persona investigada tenga lugar en la intimidad de un domicilio privado, podrá el juez competente permitir la grabación de imágenes y conversaciones que entre ellos puedan desarrollarse siempre que se produzcan durante el transcurso de una investigación del agente.

Tal como indica Valiño Ces (2016, págs. 275-286), citada por Laura Valdivieso en su trabajo sobre el agente encubierto (2022, pág. 13), con estas modificaciones se produjo una ampliación de la regulación de esta figura del agente encubierto, a fin de aproximar la justicia penal a los delitos cometidos a través de medios electrónicos, así como al sometimiento del crimen organizado.

II. La figura del agente encubierto

1. Autorizados a actuar

En virtud de lo dispuesto en el art. 282 bis de la LECrim, podrán tener la consideración de agentes encubiertos aquellos que previa predisposición a ello, sean miembros de la Policía Judicial.

Queralt Jiménez (1999, pág. 13), citado por Expósito López (2015, pág. 260) define a la Policía Judicial como una concreta función dentro de aquellas que ostenta la Policía General cuya base se encuentra en los fundamentos de la Policía Científica. Se encargará de la investigación de aquellos hechos punibles, así como de la persecución y custodia de malhechores, poniendo a disposición de la autoridad judicial y en ocasiones incluso del Ministerio Fiscal los datos recopilados durante el proceso de investigación.

A su vez el art. 283 de la LECrim establece que la Policía Judicial estará compuesta por:

Autoridades de la administración que tengan bajo su cargo la seguridad pública y la persecución de delitos
Trabajadores o subordinados de la policía de seguridad
Alcaldes, tenientes de alcalde y alcaldes de barrio
Jefes, Oficiales y miembros de la Guardia Civil, así como otras fuerzas encargadas de la persecución de la delincuencia
Serenos, Celadores y miembros de la policía rural o urbana (municipales)
Guardas de montes, campos y sembrados
Funcionarios del cuerpo especial de prisiones
Agentes Judiciales o subordinados de Tribunales y Juzgados
Quienes estando al cargo de la investigación de accidentes, dependan de la Jefatura de Tráfico

Tabla 1. Miembros de la policía judicial. Fuente: (BOE num 260, 17 de septiembre de 1882). Elaboración: propia

Con el precedente del cuadro anterior y con base en la teoría seguida por LaFont Nicuesa (2022), la Policía Judicial en nuestro sistema se encuentra divida en dos modelos: amplio y

estricto. En el primero de los casos, se encuentra toda la policía que contribuye en las labores de los órganos judiciales o del Ministerio Fiscal. En el caso del modelo estricto, circunscribe a aquellos sujetos que forman parte de las denominadas Unidades Orgánicas de Policía Judicial y cuya dependencia funcional es exclusivamente de jueces, tribunales y Ministerio Fiscal. En este segundo caso la actuación de la Policía Judicial se encuentra sujeta a los principios de especialidad, estabilidad y permanencia.

Es importante destacar que el hecho de adquirir la condición de agente encubierto es completamente voluntario, puesto que ningún agente puede ser obligado a asumir esa función en contra de su voluntad. Art. 282 bis 2.: "*Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto*" (BOE num 260, 17 de septiembre de 1882).

Por su parte, no están autorizados para tener la condición de agente encubierto, las personas que no tengan la consideración de ser funcionarios públicos. Ello supone que los particulares no pueden alcanzar esta función puesto que no cuentan en primer lugar con la condición de Policía Judicial, y en segundo lugar carecen de los requisitos esenciales para poder desempeñar correctamente esta función, ya que han de tener una preparación física y psicológica adecuada, además de experiencia y conocimientos de la materia que se trate en cada caso. Pues no debemos olvidar que los agentes encubiertos se adentran en organizaciones criminales que están compuestas por una estructura compleja y peligrosa.

El Centro Nacional de Inteligencia[6] (en adelante CNI), podrá hacer uso de medidas de carácter similar al encubrimiento con el fin de evitar posibles amenazas que perturben la seguridad, estabilidad y defensa del Estado. Su modo de actuación será en el papel de agentes secretos, cuya principal diferencia con los agentes encubiertos se haya en que esta figura no se encuentra amparada por el art. 282 bis de la LECrim, sumándole el hecho de que los agentes del CNI no cuentan con la condición de autoridad. Las funciones que ostentan se encuentran muy distanciadas del área del proceso penal. (Expósito López, 2015).

2. Diferencias con otras figuras

2.1. Los agentes dobles

Se trata de aquel funcionario policial que aparenta estar corrompido por una organización criminal, pero que durante el transcurso de la investigación va informando de los hechos a sus superiores.

Un ejemplo de ello es la *STS nº 103/2003,* de 28 de enero[7], en la que una organización criminal se pone en contacto con un agente de la Policía Nacional (que se encontraba pasando por una situación económica complicada), con el fin de que éste en su condición de policía lleve a cabo el transporte de droga en su vehículo y de este modo conseguir pasar los controles, tanto en Melilla como en el puerto de Almería. Lo que detalla la sentencia, es que el agente de policía puso en conocimiento de sus superiores esta circunstancia y se le autorizó a llevar a cabo una entrega vigilada de mercancía, mientras mantenía el contacto con los miembros de la organización criminal para poder cerrar los detalles de la operación. (Lafont Nicuesa, 2022)

[6]Se encuentra regulado por la Ley 11/2002, de 6 de mayo (BOE num 109, 7 de mayo de 2002), así como por la Ley 2/2002, de 6 de mayo (BOE num 109, 7 de mayo 2002)

[7] (STS 103/2003, 28 de enero 2003)

La principal diferencia de esta figura con el agente encubierto estriba en que en este caso es la organización criminal quien va a buscar al agente y en el caso del agente encubierto es él quien va en busca de la organización. El agente doble actúa con su identidad real y lo que hace es ocultar que en realidad no ha aceptado la oferta realizada por la organización criminal.

2.2 Agentes con objetivos de inteligencia policial

En esta situación el fin que persigue el agente no es recopilar pruebas de la red criminal y utilizarlas como medio probatorio en un juicio, sino que su objetivo consiste únicamente en conocer la estructura y el funcionamiento de la misma para mayor conocimiento policial sobre ella.

2.3 El confidente

Esta figura quedó expresamente definida por un auto del Tribunal Supremo en el año 2011[8], como una persona que en atención a su modus vivendi, frecuenta zonas que se hayan próximas a ciertos modos de delincuencia y a modo de prestación de servicio, le proporciona a la policía determinada información.

Destacó el Tribunal la importancia de la ocultación de esta figura, pues es esencial mantenerla, para en primer lugar, continuar obteniendo de esta fuente información relevante en el futuro, y, en segundo lugar, para evitar posibles represalias por parte de los delatados.

En el caso que esta figura sea llevada a juicio bajo la protección de la Ley de Testigo, sería válido como prueba no siendo relevante el motivo por el que aquel hubiere colaborado con la Policía. Se trata de una persona que se encuentra muy vinculada con la delincuencia y sus entornos.

2.3.1. Denunciante controlado por la policía

Se trata de un subtipo concreto del confidente.

Esta figura puede ocuparla una persona (funcionario público o particular) a quien se le ofrece desde alguna organización criminal, la posibilidad de llevar a cabo un delito. Lo que ocurre, es que este sujeto lo pone en conocimiento de la Policía, mientras a su vez aparenta haber aceptado el trato propuesto, e interactuará con los incitadores, siempre bajo control policial.

La persona en cuestión no actúa bajo una identidad supuesta, sino que lo hace en nombre propio, lo que ocurre es que aparenta haber aceptado el trato que la red criminal le ha propuesto, mientras oculta que su actuación está siendo supervisada y ejecutada bajo indicación policial. (Lafont Nicuesa, 2022)

[8] (ATS Recurso de revisión nº 20295/2011, 14 de septiembre 2011)

2.4 El arrepentido

En el caso de esta figura, es muy clara su diferencia para con el agente encubierto, pues podemos encontrarla prevista en el art. 376 CP en cuanto a los delitos de tráfico de drogas o en el art. 579 CP para los delitos de terrorismo.

El arrepentido actúa bajo su propia identidad y es una figura cuya meta es la exención o reducción de la pena, por medio de la colaboración con la justicia y las autoridades. Señalando además que, al margen de la condición de imputado, cuentan también con la de testigo y en virtud de ello estará protegido por las medidas previstas en la Ley de Protección de Testigos[9].

El término quedó definido en una sentencia del año 2004 del Tribunal Supremo[10]. En la misma, indicaban que, en determinadas ocasiones, la investigación podría verse atascada en cuanto a la obtención de información, pues las organizaciones criminales presentan un elevado nivel de opacidad en cuanto a sus datos se refiere.

Indica la sentencia, que no es lo mismo introducir a un miembro de la policía en una organización criminal, que fomentar la salida de los miembros de la propia organización al objeto de que proporcionen a la policía información sensible de la misma, con la promesa de obtener algún beneficio penal en un futuro procedimiento.

2.5. El agente provocador

El diccionario jurídico lo define como: "*Agente de la autoridad que índice a un sujeto a realizar un delito con el fin de obtener pruebas para incriminarle*" (Diccionario PanHispánico del español jurídico, s.f.). Se trata de convencer a alguien que en principio no tenía intención de perpetrar un delito, a que lleve a término su comisión.

El agente provocador no actuará bajo una identidad supuesta, sino que únicamente ocultará que es un agente de la autoridad, con la "ventaja" que su actuación no necesita una autorización judicial antes de llevarse a cabo. Además, no es un requisito indispensable que sea miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (lo habitual es que se trate de un agente de la policía). (Sancho Monclús, 2018).

La STS nº 591/2018, de 26 de noviembre[11] citada por Luis Lafont (2022, pág. 54), señala que entre las principales diferencias que tiene el agente encubierto y el delito provocado se encuentran las siguientes:

- El agente encubierto se haya en una situación en la que el sujeto o sujetos a investigar, ya tienen propiamente ánimo delictivo, quiere decir, que esta circunstancia ya se daba en ellos con anterioridad a la aparición de la figura del agente. Lo que supone que no se da provocación cuando es el propio investigado quien tiene ánimo de cometer un delito.
- El agente provocador realiza actuaciones encaminadas a la incitación delictiva mediante actos evidentes y claros. Supone una inducción a la comisión del delito.

[9] (BOE núm 37, 24 diciembre 1994)
[10] (STS 249/2004, 26 de febrero 2004)
[11] (STS 591/2018, 26 de noviembre 2018)

- El agente encubierto tiene por finalidad la recopilación de información, su principal objetivo es la desarticulación de una red criminal, más allá de la detención de unos sujetos en concreto o la incautación de material delictivo.
- El agente provocador tiene por finalidad la detención de los sujetos y por ende la incautación de los efectos del delito, pues su principal objetivo es impedir que el delito se agote.

2.5.1. El delito provocado

En primer lugar, debemos que tener en consideración que el delito provocado es un tipo de delito de construcción jurisprudencial y que con el paso de los años se ha ido detallando y definiendo con mayor precisión, respecto de sus elementos y condiciones.

Delgado García (1996, pág. 75), citado por Marta Monclús (2018, pág. 10), recuerda que el Tribunal Supremo calificó el delito provocado como aquella circunstancia en la que el agente provocador, con la intención de poner a disposición judicial a determinado sujeto, motiva la realización del hecho delictivo, sin intención de que se llegue a lesionar o poner en riesgo el bien jurídico protegido, mediante la adopción de las oportunas medidas de protección.

Objetivo	Subjetivo	Ausencia de riesgo
Inducción del agente	Intención de que la persona inducida sea castigada	Establecimiento de medidas protectoras del bien jurídico protegido

Tabla 2. Elementos del delito provocado. Fuente: (Sancho Monclús, 2018). Elaboración: propia

La utilización de esta figura ha provocado rechazo en multitud de ocasiones por diversos motivos, pero especialmente por la impunidad que lleva consigo aparejada. La STS 1366/1944, de 1 de julio citada por Laura Valdivieso (2022, pág. 26), señala que existe una ausencia de tipicidad delictiva en los actos realizados por el agente provocador, pues como he mencionado antes, hay una ausencia del riesgo para el bien jurídico protegido puesto que se toman las medidas preventivas necesarias para que el mismo no sufra ningún perjuicio. Junto a ello, se señala la ausencia de culpabilidad de la persona que finalmente comete el delito (provocado) puesto que ha actuado debido a la incitación del agente.

III. Tipos de operaciones encubiertas

Podemos clasificar las actuaciones del agente encubierto en:

→ Estratégicas: estas tienen lugar durante el período en que el agente está conociendo la organización por dentro y haciéndose un hueco entre sus integrantes, hasta "alcanzar el Consejo de la Administración criminal" (Lafont Nicuesa, 2022). Estas son las únicas operaciones con el potencial suficiente para desarticular una red criminal.

→ Tácticas: estas son aquellas que se refieren a una actuación delictiva concreta y se centran en debilitar o acabar con un sector de la organización criminal.

IV. Presupuestos de infiltración policial

Para que un agente pueda adentrarse en una organización criminal de manera encubierta, han darse en la circunstancia concreta la proporcionalidad, necesidad y racionalidad necesarias. Tomás Sánchez (2002, pág. 214) citado por Lourdes Expósito (2015, pág. 262).

De acuerdo con lo mencionado, se establecen así cinco tipos de presupuestos:

1. Investigaciones vinculadas a actuaciones de redes criminales (delincuencia organizada)

Se permitirá la infiltración de una agente, en el seno de una organización criminal, en el supuesto de que existan sospechas de la comisión de un delito por parte de la misma. El objeto de la infiltración no será otro que el de conseguir elementos probatorios que permitan evitar o castigar los actos delictivos, así como la desarticulación de la red criminal.

Las sospechas sobre la posible comisión de un delito por parte de una organización habrán de ser:

- Verosímiles
- Fiables
- Concretas

Una vez que se ha podido verificar la realidad de las actuaciones realizadas por la organización criminal, los agentes, previa elaboración de un informe, solicitarán al órgano competente la adopción de la medida oportuna. En el mencionado informe, se indicarán las pruebas que demuestran la existencia de la organización criminal.

1.1. Organización criminal

Indica la STS 2519/2007, de 04 de abril[12], que el término organización se incorporó en el año 1995 en el Código Penal al de asociación. Tal incorporación se hizo con el fin de referirse al crimen organizado o también denominado de *«cuello blanco»,* a pesar de tratarse de un concepto puramente normativo, pues se halla carente de definición exacta para ambos términos.

En cuanto a la delincuencia organizada se refiere, el art. 570 del Código Penal, establece los requisitos necesarios para que pueda considerarse tal, determinando que serán necesarias: la concurrencia de al menos tres personas, que la actividad que lleven a cabo se realice de forma continuada y que realicen un reparto de tareas para cometer delitos. (Diccionario PanHispánico del español jurídico, s.f.)

2. El objetivo de la infiltración sea la recopilación de pruebas no accesibles de otro modo.

El hecho de infiltrar un agente en una organización criminal tiene por finalidad hallar a los responsables de la misma, así como conseguir pruebas fehacientes de los delitos cometidos, al objeto de aportarlos al proceso.

[12] (STS 2519/2007, 04 de abril 2007) citada por Lourdes Expósito (2015, pág. 263)

Supone un fin legítimo que podremos equipara con aquellos derechos que son amenazados, en un primer momento por la actuación del agente en la organización.

Moreno Catena (1987, pág. 131 y ss) sostenía que, finalmente esto no era más que una demostración del interminable debate que existe entre el individuo y el Estado, entre el proceso penal eficaz y el respeto debido a la legalidad y a los derechos fundamentales.

Esta medida únicamente será de aplicación en ausencia de medidas menos lesivas para los derechos fundamentales de la persona investigada. De acuerdo con el artículo 282 bis de la LECrim en el caso de que los actos de la policía puedan perjudicar a los derechos fundamentales de las personas investigadas, habrá de solicitarse una autorización judicial.

3. Necesaria para los fines de la investigación

Como ya he mencionado en el presupuesto segundo, la medida de infiltrar un agente de modo encubierto en una organización es una medida que se adopta de manera excepcional y ello conlleva que el órgano encargado de autorizar esta operación realizará una exhaustiva valoración sobre la necesidad de aplicación de la misma conforme a los fines de la investigación.

El autor Choclán Montalvo (2000, pág. 63) afirmaba que esta medida debería tomarse de manera ponderada y razonada y atendiendo a la dificultad que tendría la investigación si se llevase a cabo por otros medios diferentes.

Siguiendo en la línea de lo dispuesto por el art. 282 bis 1 de la LECrim, la medida será únicamente de aplicación, atendiendo a la necesidad de los fines de la investigación. Esta premisa, según señala Lourdes Expósito en su artículo de la revista UNED (2015), significaba para el autor Gascón Inchausti una prohibición de poder recurrir a esta medida en el caso de que fuese posible alcanzar el resultado mediante otros mecanismos que no resultasen lesivos para los derechos fundamentales de los investigados.

4. Proporcionada a los objetivos que se pretenden alcanzar

Para que la medida pueda considerar proporcionada, tendrá que ponerse en valoración, los siguientes criterios:

La **gravedad** de los delitos cuya investigación se autoriza.	**Temporalidad** de la medida.	La **extensión** de las facultades que se le otorgan al agente encubierto en el desempeño de sus funciones.	**Destino** de la información que el agente obtiene como consecuencia de la infiltración.

Tabla 3. Criterios de la proporcionalidad. Fuente: (Expósito López, 2015). Elaboración: propia.

En cuanto a la gravedad se refiere, ha de ser uno de los delitos que se encuentren tipificados en el art. 282 bis, ap. 4 de la LECrim (tanto ámbito penal, social, así como la magnitud del bien jurídico que resultare lesionado)

La temporalidad de la infiltración hace referencia a que la adopción de la medida debe producirse durante el tiempo estrictamente necesario para que la persecución penal alcance su

objetivo. Del precepto legal podemos deducir una duración máxima de seis meses, que serán prorrogables por períodos de la misma duración.

La extensión de las facultades otorgadas al agente incluye la necesidad de actuar bajo autorización judicial e informar de los datos que se obtengan en el trascurso de la investigación. El mantener informado a la autoridad judicial pertinente de los avances de la investigación, permite que las pruebas obtenidas por el agente adquieran plena validez. Como ya he mencionado anteriormente, también se establece como requisito, que en el caso de que la actuación del agente pueda afectar a derechos fundamentales de los investigados, será necesaria autorización judicial.

Expósito López (2015, pág. 266) señala que la existencia de exención de responsabilidad para el agente encubierto dependerá, de que los fines de la investigación y las posibles infracciones guarden proporcionalidad, además de que su actuación no constituya la provocación de un delito.

En el supuesto de provocación del delito, el agente encubierto estaría realizando un abuso de sus funciones de investigación y de este modo se estaría incumpliendo la proporcionalidad.

Por último, en cuanto al destino de la información que el agente obtiene fruto de la investigación, no se permitirá que la misma sea utilizada para fines distintos a aquellos que causaron la autorización judicial. La información obtenida habrá de aportarse al proceso en su totalidad y será valorada por el órgano competente de la manera debida[13]

5. La operación de infiltración tiene que hacerse acorde al principio de especialidad

La infiltración policial solo podrá acordarse en los supuestos de delitos enumerados en el art. 282 bis. 4, ya que este tipo de actuaciones policiales no pueden adoptarse mecánicamente frente a las diferentes solicitudes de la Policía.

V. Autorización Judicial

1. Solicitud policial de infiltración

Ha sido de modo jurisprudencial la manera en que se ha decretado cuál habrá de ser el contenido de la solicitud que el agente debe realizar.

No es necesario especificar cuáles han sido las fuentes que han permitido al agente conocer la existencia de la red criminal, ni cuáles son los servicios que requiere. Siguiendo la estructura del profesor Luis Lafont (2022), veremos como la jurisprudencia ha aclarado la anterior afirmación, respecto de:

→ Agencias policiales extranjeras: a través de la STS 575/2013, de 28 de junio[14] el Tribunal Supremo reconocía que no era necesario indicar de manera expresa que la autoridad policial extranjera a la que se estaba haciendo referencia en un

[13] (BOE num 260, 17 de septiembre de 1882)
[14] (STS 575/2013, 28 de junio 2013)

contexto transnacional de droga, era la DEA. Pues no era precisa esta mención, puesto que podía evidenciarse claramente.

La citada sentencia indicaba que la omisión de las siglas de la agencia internacional no afectaba en el contenido material de los derechos que decían verse vulnerados y, por ende, no se estaba produciendo confusión alguna al Juez instructor cuando el oficio se encabezaba haciendo referencia a las fuentes de información y de colaboración internacional, pero no se mencionaban las siglas de la concreta agencia estatal que la hizo posible.

→ Confidente propio o de la agencia policial extranjera: es muy importante que no sea desvelada la identidad de la persona o personas que pusieron en conocimiento de la policía la existencia de una organización criminal, pues ello es crucial para evitar que esta persona sufra daños en su integridad física, además de para poder seguir obteniendo información para futuras operaciones.
Indicaba la STS 591/2018, 26 de noviembre de 2018[15] que cuestiones distintas son, por un lado, el hecho de recibir y trabajar información proporcionada mediante confidentes o contactos, y otra diferente es encontrarse involucrado en las actuaciones, pues para esto último, es necesaria la autorización judicial.

Otro aspecto relevante dentro de la solicitud policial de infiltración consiste en que no será necesario que el agente encubierto indique en la solicitud, quiénes han sido las personas con las que ha estado en contacto y que, a su vez, son investigados. Siempre y cuando no se determine que en esa ocultación existen intereses ocultos por parte del investigador.

En cuanto a los sujetos y hechos investigados, se le supone que han de tratarse de supuestos con relevancia delictiva, que, en la mayoría de los casos, son los servicios que la red criminal reclama al agente.

Así lo supone la STS 591/2018, de 26 de noviembre, donde se afirmaba la existencia de dos sujetos que habían estado realizando actuaciones con el fin de ponerse en contacto con un miembro corrupto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. La intención de estos sujetos no era otra que la de comprar los servicios de este agente, de manera que permitiera la entrada de importantes partidas de droga. En la sentencia se indica que se facilita la identidad completa de estos sujetos y se afirma la exactitud de los datos proporcionados, consecuencia de la investigación.

Posteriormente, en una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid[16] se determinó que la solicitud no fue formulada de modo exclusivo con el fin de localizar e identificar a los presuntos autores del delito, ni fue basada en noticias de confidentes, sino que fueron expuestos a la Fiscalía detalles exactos obtenidos de una conversación mantenida por uno de los agentes, con quien después ha terminado acusado por los hechos.

En la mencionada conversación el sujeto facilita al agente datos que son considerados, más que suficientes, para poder inferir una participación real del sujeto que se pretende investigar en un delito de tráfico de drogas. Al tratarse de un delito que es preciso investigar,

[15] (STS 591/2018, 26 de noviembre 2018)
[16] (SAP 280/2020, 17 de julio 2020)

resulta indiferente para la Sala conocer el modo en que el agente tuvo conocimiento de la identidad del acusado, ni quién pudo facilitarle los datos o contacto para tener el acercamiento a él.

Como añadido a la solicitud de infiltración, se podrá hacer constar en ella si los investigados han sido detenidos en otras ocasiones por la Policía o si se han visto inmersos en otras investigaciones ya realizadas.

Otro de los aspectos importantes de la solicitud consiste en indicar expresamente si el agente interpretará un rol dentro de la organización criminal o si únicamente aceptará o rechazará la oferta que le hubiera ofrecido dicha organización. Este aspecto es de especial relevancia hacerlo constar en la solicitud, puesto que de este modo se despeja cualquier tipo de sospecha sobre provocación o clandestinidad delictiva.

Por último, se establece la posibilidad de que el agente encubierto mantenga reuniones con el Juez o Fiscal autorizantes, a fin de que puedan complementar la información de la solicitud o aclaren algún criterio que no hubiese quedado suficientemente claro. Ejemplo de ello, es la STS 189/2010 de 9 de marzo[17] en la se establece, que el Juez fue informado durante una comparecencia, de la urgencia de la operación, pues en este caso, el agente encubierto (un miembro del ICE) se encontraba ya en territorio español, a la espera de poder contactar con la organización criminal.

2. Utilización de la identidad ficticia. Principal requisito: autorización

Tras la valoración realizada por la Policía Judicial sobre la necesidad de llevar a cabo un proceso de investigación de manera encubierta, es requisito indispensable para poder ejecutar la operación, obtener una autorización, bien del Juez de Instrucción competente, o bien del Ministerio Fiscal "dando cuenta inmediata al juez". (Herrero, 2004, pág. 181) citado por Lourdes Expósito (2015, pág. 269).

En el art. 282 bis de la LECrim se indica que serán el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal quienes podrán, previa solicitud y siempre considerando los objetivos a alcanzar, autorizar a que los agentes realicen ese proceso de investigación actuando bajo una identidad supuesta.

Esa supuesta identidad, indica la STS 671/2018, de 19 de diciembre[18], es una invención que supone hacer creer a los investigados que el agente no realizará función alguna de averiguación sobre la organización criminal. Tal simulación supondrá que el agente no es quien ha dicho ser, puesto que ha aceptado una oferta propuesta por la red criminal, fingiendo prestar el servicio que ellos le han solicitado, mientras que él, en realidad, hará las correspondientes indagaciones.

[17] (STS 189/2010, 09 de marzo de 2010)
[18] (STS 671/2018, 19 de diciembre 2018)

2.1.Autorización del Juez o del Fiscal

2.1.1. Juez

Como ya he mencionado antes, es el propio artículo 282 bis 1. de la LECrim el que declara, que será el Juez de Instrucción competente el que autorizará a los funcionarios de la Policía Judicial a realizar la infiltración en una organización criminal.

Consideraremos competente, al Juez de Instrucción que, o bien esté conociendo la causa iniciada en el momento de la solicitud, o bien aquel al que le correspondiera la instrucción de los delitos sujetos a investigación a través de infiltración, todo ello cuando el proceso penal no se haya iniciado y cuando la solicitud sea consecuencia de investigaciones previas que la Policía Judicial hubiera realizado. (Gascón Inchausti, 2001, pág. 190).

En los casos en que se solicite la autorización sin que previamente se hubiera iniciado la instrucción, el Juez de Instrucción tendrá que comenzarla al mismo tiempo que autoriza la infiltración del agente. Según indica el autor Gascón Inchausti (2001, pág. 191), para el correcto desarrollo de una infiltración policial, el único marco procesal posible es la instrucción judicial.

Además, prevé también el art. 282 bis de la LECrim, que según el agente encubierto vaya adquiriendo información sobre la organización criminal, deberá irlo poniendo en conocimiento de quien lo autorizó "*a la mayor brevedad*". Esta última expresión puede sugerir una muy variada interpretación, pues bien sabemos que los tiempos de cada individuo son diferentes y lo que para unos puede ser un período breve de tiempo, para otros quizá es demasiado largo. Es por ello que de la delimitación de esta expresión quedará encargada la Jurisprudencia, en cada caso concreto.

El artículo 282 bis 3 de la LECrim[19], señala que cuando las actuaciones que el agente encubierto vaya a desarrollar puedan lesionar o perjudicar derechos fundamentales de los investigados, éste habrá de solicitar al órgano judicial competente las correspondientes autorizaciones que para el caso indique la Constitución, Ley o demás previsiones legales que sean de aplicación.

2.1.2. Fiscal

Recordando lo indicado en la introducción de este epígrafe, del mismo modo que el art. 282 bis le atribuía facultades al Juez de Instrucción para autorizar la infiltración, el Ministerio Fiscal también podrá realizar dicha función, pero dando inmediata cuenta de ello al Juez competente.

Se le atribuye al Ministerio Fiscal, no solo la facultad de autorizar la infiltración del agente, sino también de mantener el control en el trascurso de la investigación realizada por éste. Recordemos, que la información que el agente fuese obtenido deberá irse poniendo en conocimiento "*de quien autorizó la investigación*" lo que abarca al Ministerio Fiscal.

No obstante, el Ministerio Fiscal no podrá autorizar medidas que impliquen restricción de derechos fundamentales, únicamente con la excepción de la detención. En el principio de proporcionalidad, así como en el régimen general de restricción de derechos fundamentales, es

[19] (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.)

que toda actuación lesiva o restrictiva de un derecho fundamental exige autorización judicial. (Gascón Inchausti, 2001, pág. 195 y 196) citado por Lourdes Expósito (2015, pág. 271).

De acuerdo con lo indicado en el art. 785 de a LECrim el Ministerio Fiscal podrá autorizar la infiltración policial solo en aquellos casos en que la investigación preliminar abierta estuviese ya dirigida por él.

Cuando el precepto indica que el Fiscal podrá autorizar investigaciones policiales siempre "dando cuenta inmediata al Juez", esto quiere decir que este último podrá en cualquier caso revisar la solicitud, así como dictar una resolución que la confirme, revoque o modifique. Sin quedar especificado el modo en que se llevará a término ese control por parte del juez competente.

Algunos autores consideran, que en el momento en que el Fiscal ha dado autorización a través de un decreto, deberá este hacerle llegar al Juez todas las actuaciones, al objeto de instar a su señoría a abrir diligencias previas para poder continuar con la investigación, así como con la ratificación de la autorización para proceder a la infiltración. Setenta y dos horas será el plazo máximo para la ratificación o revocación.

El criterio de solicitar del Juez la convalidación de la autorización supondrá que el Ministerio Fiscal terminará aquí su actuación en cuanto a la investigación preliminar.

3. Motivación

Según el art. 282 bis 1 LECrim la autorización para la actuación del agente encubierto, habrá de realizarse mediante "resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación".

Se considerará suficiente aquella motivación que evidencie la proporcionalidad de la intervención que llevará a cabo el agente. En los supuestos en que esta medida suponga la afectación de derechos fundamentales de las personas investigadas, será necesario que la motivación sea aún si cabe de mayor detalle y exactitud.

Argumentación de la autorización
Especificación de las circunstancias en que se realizará
Tipo delictivo
Organización criminal a investigar

Tabla 4. Contenido de la resolución judicial. Fuente: (Pozo Pérez, 2023). Elaboración: propia

Lo que no estará permitido, en cualquier caso, es que la autorización judicial no defina sus extremos, es decir, que se imprecisa, pues en el hecho de infiltrarse, el agente tiene que conocer cuáles son sus limitaciones y que "líneas rojas" no puede sobrepasar. El contexto de la infiltración deberá estar delimitado.

4. Notificación de la resolución autorizante

El modo en que deberá comunicársele al agente encubierto la resolución judicial supone la aplicación de unas medidas cuidadosas, al efecto que la mencionada notificación no entrañe un riesgo para la vida del agente. No obstante, no será requisito indispensable que dicha

resolución haya de llegarle al propio agente, sino que bastará con remitirla a la fuerza actuante (es decir, la Policía Judicial).

5. Control de la actuación

Posterior a la autorización judicial, el órgano competente deberá mantener su atención sobre la actuación del agente. Con respecto a quien será el órgano competente de ese control, recordando lo mencionado en el apartado segundo de este capítulo, en el que a tenor de lo dispuesto en el artículo 282 bis 1 de la LECrim, será aquel órgano que autorizó la medida. Teniendo en cuenta que cuando sea el Ministerio Fiscal, deberá dar inmediata cuenta al órgano judicial competente.

De todo ello podemos, en resumidas cuenta determinar que el encargado del control de la actuación del agente será entonces el Juez de Instrucción.

El control de la actuación del agente es de especial relevancia, pues no debemos olvidar que el fin de esta misión, consiste en obtener información de una organización o red criminal, utilizando como herramienta principal la actuación de una persona cuya premisa primera frente a los miembros de la misma, es el engaño. Es decir, se admite la mentira como un medio para alcanzar pruebas válidas.

Es por ello que es tan necesario el control por parte del Juez, tanto a la hora de dar cabida a este tipo de operaciones (delimitando de manera muy concreta sus extremos), como durante el desarrollo de la misma, al objeto de que el agente no se exceda en las funciones que ha de desarrollar.

Dicho control queda materializado de las siguientes formas:

- ➔ En el caso de que el agente requiera de llevar a cabo una actuación que suponga dañar un derecho fundamental, fuera de los ya previstos en el engaño y la identidad supuesta.
- ➔ Recepción de toda aquella información que el agente adquiera, pues será preciso que el Juez conozca aspectos de la organización con antelación, al efecto de que se necesite autorizar actuaciones complementarias, así como prorrogar o dar por terminada la infiltración.

Nada se indica en la legislación española en cuanto al modo en que habrá de trasmitir el agente la información que vaya adquiriendo, al Juez. Lo más rápido sería que esta se realizase de un modo directo, pero esta vía en muchas ocasiones puede suponer un riesgo para el agente.

Los modos más habituales para estas comunicaciones son la vía telefónica, telegráfica y mediante reuniones clandestinas con miembros de la Policía Judicial, de modo que ellos posteriormente redacten un informe y se lo hagan llegar al órgano judicial encargado.

Otro modo de trasladar esta información es mediante los conocidos como “agente enlace”, se trata de agente de policía que, mediante la ocultación de dicha condición, mantienen encuentros con el agente infiltrado al objeto de que éste les informe de las novedades. En el caso de estos “agentes enlace” no será necesario proporcionarles una identidad falsa.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es preciso que en la elección del sistema para la transmisión de información (agente – órgano judicial) se tenga en cuenta siempre las

circunstancias de cada caso, así como la delicada situación y el riesgo que entraña esta operación para el agente. Atendiendo en especial a este último criterio, solo se procederá a la transferencia de información en aquellos casos en los que no se comprometa la seguridad del agente, ni se ponga en peligro la infiltración.

En último lugar, en cuanto a la información transmitida se refiere, el precepto indica que deberá ser toda aquella que el agente vaya obteniendo de la organización. Ciertos autores afirman que será necesaria la información que esté directamente relacionada con la investigación, lo que supondrá informar no solo de aquellos hechos encaminados al perjuicio de la red criminal, sino también de aquellos favorables.

Será necesario comunicar la manera en que dicha información se adquirió y del mismo modo habrá de procederse con los efectos adquiridos, al objeto de que sirvan como medio probatorio.

El agente tendrá que informar de: los delitos ya cometidos, así como de aquellos que estuvieran en fase preparatoria, el modo de actuar que tiene la organización criminal, todos los datos relacionados con su estructura y jerarquía, el modo de reclutar nuevos miembros, como se financian …No será el agente el encargado de cribar la información útil, sino que él comunicará todo lo que conozca de la red en la que se haya infiltrado, y será el órgano competente quien discriminará que es de interés y que no.

VI. Actuación del agente encubierto

1. Capacidades del agente encubierto

Las facultades que se le atribuyen al agente encubierto en su condición de tal no son ilimitadas, pero tiene un margen de actuación que le permitirá realizar actos que, si no estuviese bajo el amparo de una autorización judicial y en el contexto de una investigación, supondría la comisión de un delito. No obstante, en los supuestos en que se exceda de los extremos definidos en la autorización judicial, también estará actuando fuera de lo permitido y por ende estará cometiendo un acto delictivo.

En cuanto al tráfico jurídico se refiere, el agente encubierto tendrá permitido ser parte en compraventas, constitución de sociedades, realización de inscripciones en registros mercantiles, así como diferentes operaciones patrimoniales. Su actuación también podrá abarcar operaciones financieras, negocios o actos comerciales, civiles y mercantiles cuya realización sea necesaria para el correcto desarrollo de la investigación. Lo más probable es que estas operaciones se realicen por encargo de alguno de los investigados.

Otras circunstancias podrán al agente encubierto como receptor de una cantidad de dinero, por parte de los investigados. En tal caso, señala el autor García – Fustel González, que serán considerados efectos judiciales los que hubieren sido puestos a disposición judicial, indicando, además, que será el Juez el encargado de dar luz verde a la utilización de dicho dinero cuando sean efectos convenientes para prestar un servicio público.

Por otra parte, está el dinero que utilizará el agente para la propia operación de infiltración. La normativa española no hace referencia alguna a el dinero empleado por el agente en los actos de tráfico jurídico.

En último lugar y en relación con las operaciones de drogas, el agente tiene más limitada su actuación, en comparación con legislaciones de otros Estados. Según indica el autor Sanso Rubert[20], en la actualidad solo está permitido retrasar la incautación de los efectos que conforman el delito, o la detención de sus autores. Indica a su vez este autor, que la legislación se ha ido elaborando de un modo que resultaría prácticamente imposible llegar a conocer la estructura y jerarquía de una organización criminal sin saltarse la ley. Lo que supone que cuando se alcanza ese punto exhaustivo de conocimiento de una red criminal, es porque las autoridades policiales han "acomodado" la literalidad de la ley a sus intereses de manera voluntaria.

2. Agente – Investigado: Grabación de conversaciones y comunicaciones electrónicas.

Cuando en una operación de infiltración, el agente encargado de la misma graba las conversaciones mantenidas con algún miembro de la organización, no estará cometiendo ninguna vulneración del art. 18.3 de la Constitución Española.

Ello es debido a que el agente está autorizado a grabar una conversación en la que él mismo participe y tales grabaciones serán consideradas como prueba en juicio oral. La finalidad de esta actuación es servir de soporte a la información que ya hubiera proporcionado el agente al órgano judicial durante el trascurso de a la investigación, así como en el momento en que testifique. Es un instrumento probatorio muy útil cuando el caso que se está investigando es de una complejidad extraordinaria.

Es importante la grabación de esas conversaciones para asegurar que todo lo que esté relacionado con su testimonio ha sido dicho de manera espontánea y que no ha mediado engaño por parte del agente en la mencionada conversación, sino que el investigado hizo esas declaraciones sin ser "forzado" por el agente a hablar del tema en cuestión.

Sí supondrá una violación de derechos fundamentales cuando se trate de conversaciones grabadas sin ser partícipe el propio agente y que excedan del mero oír y observar por parte del infiltrado. Pues en tal caso, resultarán perjudicados los derechos a la intimidad, a la vida privada de los investigados e incluso el derecho al secreto de las comunicaciones.

Cuando alguna de las actuaciones que vaya a llevar a cabo el agente puedan suponer una vulneración de los derechos fundamentales, necesitará autorización judicial, pues en caso de actuar sin ella, la prueba obtenida no sería válida en nuestro ordenamiento (nula).

En cuanto al acceso de los correos electrónicos o mensajes cruzados entre el agente y la persona o personas investigadas, su afectación a los derechos fundamentales es secundaria. Los que podrían verse afectados y de una manera muy superficial serían el derecho a la intimidad y de manera casi ínfima el secreto de las comunicaciones.

Un buen ejemplo de ello es la STS nº 277/2016, de 6 de abril[21] donde se dejaba claro que el derecho al secreto de las comunicaciones quedaba mínimamente afectado y se justificaba la proporcionalidad de la medida. Pues en este caso lo que se pretendía intervenir era una cuenta

[20] (El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional , 2006, págs. 220-221)

[21] (STS 277/2016, 06 de abril 2016)

de correo electrónico que ya se encontraba controlada y a la que el propio agente tenía acceso. El fin de acceder a esta cuenta era el de proporcionar facilidades para esa operación delictiva.

El Tribunal en este caso consideró que el derecho fundamental se vería afectado mínimamente y la intimidad sería un sacrificio liviano ante la posibilidad de desarmar a una banda criminal dedicada a la importación de sustancias tóxicas.

3. Actuaciones del equipo de investigación

El equipo que acompaña a al agente encubierto durante el tiempo que dura la operación, realiza una variedad de actuaciones encaminadas a proporcionar seguridad y dar apoyo al agente en cuestión.

- ➔ Supervisión presencial: se trata de un seguimiento por parte de miembros de la Policía Judicial al agente durante sus encuentros con miembros de la organización (en lugares públicos). Todo ello va encaminado a dotar de mayor seguridad a la operación, así como a proteger la cadena de custodia en el caso que el policía hubiera sido instado por la organización a transporta algún tipo de cargamento de sustancias tóxicas.
- ➔ Escuchas telefónicas: lo habitual en este tipo de operaciones es que se acuerde intervenir los teléfonos de los investigados y que el agente implicado en el caso tenga acceso a estas escuchas. Esto supone una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y por ende es una intromisión en un derecho fundamental, lo que significa que necesaria una autorización judicial.
- ➔ Grabación de vídeo y sonido: continuando con el principal requisito de la autorización judicial, los miembros de la Policía Judicial que conformen el equipo del agente podrán colocar dispositivos de grabación tanto de vídeo como de sonido en aquellos espacios en que vayan a tener lugar reuniones entre el agente y los investigados. Cuestión distinta es, cuando los dispositivos tienen como única finalidad la protección del propio agente y por ende no serán utilizadas como prueba, pues en ese caso no será necesaria autorización.
- ➔ Aparatos de localización: será necesaria autorización judicial para la colocación de balizas de seguimiento de vehículos, o su validación en el caso que estas ya hubiesen sido colocadas por razones de urgencia. Pues de lo contrario carecerán de valor probatorio.

  En cuanto a la colocación de balizas en objetos (por ejemplo, contenedores de drogas) debemos recordar que la ley no hace distinción en cuanto al objeto que se va a balizar por tanto se tiene que mantener el requisito de necesaria autorización o validación judicial. (Lafont Nicuesa, 2022)

4. Duración de la actuación

La principal cuestión que debemos tener en cuenta antes de desarrollar este apartado es, que la LECrim no establece un período de tiempo mínimo o máximo para la operación de infiltración policial de un agente. Bien es cierto, que una operación de estas características tampoco puede tener un carácter indefinido, pues, como ya hemos mencionado, determinados derechos fundamentales de los investigados se verán vulnerados en todo o en parte durante el desarrollo de dichas investigaciones.

No obstante, sí establece la ley un período de tiempo concreto para la identidad supuesta del agente: "*La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables de igual duración …"*[22]. Dicho lo cual, y teniendo en cuenta que la identidad supuesta es un elemento esencial para llevar a cabo la actuación de infiltración, es un período a tener en cuenta, o al menos, para que sirva de base.

4.1.Infiltración – Secreto de sumario

En primer lugar, debemos conocer qué es el sumario. Sumario se refiere al conjunto de actuaciones de investigación que tienen como objetivo aclarar las circunstancias relacionadas con el hecho que ha dado lugar al inicio del procedimiento. Todas aquellas actuaciones que sean importantes penalmente hablando, así como aquellas encaminadas a preparar el juicio oral.

Según indica el art. 301 de la LECrim "*Las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley"*[23]. Esto quiere decir que, de forma general, el sumario tendrá carácter reservado, a excepción de aquellos casos en que la Ley permita su publicidad.

No obstante, el secreto de sumario hace referencia a la posibilidad de que, de manera total o parcial, el Juez de Instrucción, declare un sumario secreto, a todas aquellas partes interesadas. Ello se hace con el fin de evitar que se produzca un perjuicio grave para la integridad, libertas o vida de otra persona, así como para evitar que ocurra algún suceso que comprometa de modo grave el resultado de la investigación.

En el supuesto de la infiltración policial, la propia naturaleza de la operación lleva a que el proceso penal sea declarado bajo secreto de sumario en el mismo momento en que se inicia la operación o puede que incluso con anterioridad.

El principal problema que aquí se plantea es que, según la literalidad de la LECrim, no coinciden los períodos de duración del secreto de sumario con el de la infiltración policial, pues como hemos indicado ya, el plazo de la infiltración policial no está expresamente delimitado en la ley, pero se utiliza de referencia el de la identidad supuesta (seis meses). Sin embargo, el plazo indicado por el art. 302 de la LECrim para el secreto de sumario es de máximo un mes, prorrogable por otro mes más.

Muchos autores consideran que el hecho de prolongar durante más de un mes el secreto de sumario supondría para el ejercicio del derecho de defensa, un impedimento. No obstante, jurisprudencialmente hablando, el Tribunal Constitucional considera que el art. 302 de la LECrim no debe interpretarse en su tenor literal y estático, sino que habrá de ajustarse a las necesidades que se hallen en conflicto (por un lado, el derecho de defensa, por otro, el interés de la justicia).

En las operaciones de infiltración, el agente necesita de un tiempo para poder tener un primer contacto con la organización y posteriormente, pasar a formar parte de la misma. Durante el tiempo que duren estas situaciones habrá de mantenerse el secreto de sumario y, es evidente que llegar a formar parte de la organización no ocurrirá en el plazo de un mes.

[22] (BOE num 260, 17 de septiembre de 1882)
[23] (BOE num 260, 17 de septiembre de 1882)

Siguiendo la línea de la Doctora en Derecho, Espinosa de los Monteros (2010, págs. 359 - 360), se considera que el secreto de sumario deberá prorrogarse durante el período que dure la infiltración. En el mismo sentido, se pronuncia una sentencia del Tribunal Constitucional, STC 176/1988, de 4 de octubre[24], en la que se indicaba que en el caso de que persistieran los motivos que llevaron a declarar el secreto del sumario, podrá prorrogarse su plazo (un mes) mediante nuevo auto que declare la prórroga y teniendo en cuenta siempre que la misma no acabe produciendo indefensión.

Con todo lo anterior, debemos tener en cuenta, que una vez que hubiera finalizado la infiltración policial, con ella termina al tiempo el secreto de sumario y de este modo se dará traslado a los investigados de toda la información que se hubiere recabado durante la investigación, comunicándoseles de donde procede dicha información. No pudiendo desvelarse en caso alguno la identidad del agente encubierto, ello no quedará afectado por el levantamiento del secreto de sumario.

4.2.Infiltración – Prórroga

Cuando se alcance el plazo para el que la infiltración policial hubiere sido autorizada, podrá el órgano competente determinar la necesidad o no de continuar con la operación, dicha decisión se tomará teniendo en cuenta los resultados obtenidos hasta el momento de la infiltración.

- ➔ En el caso que se declare que los resultados obtenidos hasta la fecha han sido buenos y de utilidad, podrá entonces el órgano competente autorizar una prórroga de la infiltración. Del mismo modo que ocurría con la primera autorización, el plazo no tendrá por qué ser de seis meses, sino que se otorgará por el período de tiempo que se estime conveniente, siendo los seis meses el plazo máximo.

1º. Los mandos policiales solicitan la prórroga al órgano competente
2º. El órgano estudiará si es necesaria o no la continuación de la operación
3º. Se solicita al Ministerio Fiscal la ratificación de la identidad supuesta.

Tabla 5. Pasos para solicitar la prórroga de la infiltración. Fuente: (Zafra Espinosa de los Monteros, 2010). Elaboración: propia.

- ➔ En el caso que se declare que los resultados obtenidos hasta la fecha no han sido fructíferos, es decir, que la información obtenida durante el período que ha durado la infiltración no haya sido relevante, el órgano judicial podrá denegar la prórroga, dando de este modo por concluida la operación.

Por otro lado, resaltar que en el caso que sea necesario, la infiltración policial podrá prorrogarse las veces que sea necesario, pues no existe en nuestra legislación al respecto, un número máximo de prórrogas.

VII. Responsabilidad Penal del Agente

Artículo 282 bis. 5, párrafo primero:

> *"El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la*

[24] (STC 176/1988, 4 de octubre 1988)

> *investigación, siempre que guarde la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituya una provocación del delito".* (BOE num 260, 17 de septiembre de 1882).

1. Limitaciones en su actuación

Debemos tener claro que el principal límite con el que se encontrará la actuación del agente a la hora de realizar actividades o "pruebas de fidelidad" dentro de la organización criminal, será, el respeto a los derechos fundamentales, en especial, a los de los sujetos investigados. Es decir, que el agente deberá actuar siempre bajo los límites marcados en la propia autorización y no lleve a cabo una vulneración abusiva de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, siguiendo el tenor literal del art. 282 bis. 5, el agente tendrá también como límite la proporcionalidad de la medida tomada. Lo que ocurre es que en esta ocasión el precepto es muy ambiguo, pues una si la proporción ha sido o no adecuada a la circunstancia en que el agente actuó, en ocasiones será evidente, mientras que en otras será necesaria la valoración judicial para saberlo.

El tercer límite de su actuación lo encontramos en la prohibición de que el delito sea provocado, es decir, que sea el agente el que en provoque la situación delictiva ante un investigado. Como ya hemos indicado anteriormente, es aquella circunstancia en que el individuo no tenía por propósito cometer una determinada infracción criminal, pero el agente hace nacer dicha voluntad.

2. Tipos de responsabilidad

Como hemos podido aprender durante el desarrollo de este trabajo, la función que ostenta el agente encubierto no es tarea sencilla, y en ocasiones requerirá de realizar actos delictivos en aras de ganarse la confianza y respeto de los miembros de la organización criminal. Pues es primordial no levantar sospechas sobre la verdadera identidad del agente.

2.1 Responsabilidad Civil

Según varios autores, debemos distingos dos tipos de responsabilidad civil: la responsabilidad civil derivada del haber cometido un hecho delictivo y la responsabilidad civil derivada de actos jurídicos.

2.1.1. Responsabilidad civil extracontractual

En esta situación, hace referencia al tipo de responsabilidad que es exigible, a consecuencia de haber cometido un hecho delictivo. Esto ocurrirá, siempre que la actuación del agente no esté bajo el amparo de lo dispuesto en el art. 282 bis. 5 LECrim, pues en tal supuesto la conducta del mismo, en caso alguno podría considerarse ilícita.

La situación contraria se daría cuando el acto que el agente hubiera llevado a cabo no pudiera ser recogido al amparo de lo dispuesto en la LECrim o en el Código Penal, en cuyo caso habrá de responder tanto civil, como penalmente de sus actos, frente al Estado y terceros perjudicados.

En el primero de los casos, en el supuesto de que el agente no haya de responder por los daños causados a consecuencia de su actuación, el tercero perjudicado no quedará desprotegido, sino que será el Estado quien responda para reparar el daño causado.

2.1.2. Responsabilidad civil contractual

Se trata de aquellas situaciones en las que, con base en la identidad supuesta que ostentaba el agente durante la infiltración, se han realizado actos jurídicos con terceros que posteriormente se ven perjudicados.

Es cierto que el art. 282 bis de la LECrim otorga al agente autoridad para poder actuar bajo dicha identidad. Del tenor literal de este precepto debemos entender que únicamente quedarán respaldados aquellos actos que sean necesariamente consecuencia de la propia operación de investigación. No obstante, el perjudicado podría exigir responsabilidad ante el Estado, pues, en cualquier caso, es el último responsable.

Cuestión distinta será cuando los actos o negocios que se hubieran llevado a cabo por el propio agente bajo su identidad supuesta hayan tenido por objeto lucrarse de cualquier modo. En tal caso el agente no estará exento y cargará con su correspondiente responsabilidad civil, pudiendo el perjudicado exigirle responsabilidad.

Infiltración finalizada	Infiltración no finalizada
El tercero perjudicado se dirigirá a la identidad real del agente encubierto (si tuviera conocimiento de ella)	El tercero perjudicado se dirigirá a la identidad ficticia del agente encubierto.

Tabla 6. Responsabilidad del agente frente al tercero perjudicado. Fuente: (Zafra Espinosa de los Monteros, 2010). Elaboración: propia.

La tabla anterior ha sido elaborada según los criterios del profesor Gascón Inchausti, sin embargo, otros autores consideran, que en el caso en que la infiltración hubiera finalizado, la denuncia se estaría dirigiendo hacia una persona que en puridad no es real, sino que ha sido un personaje ficticio y por ende que las pretensiones del tercero perjudicado no llegarían a ninguna parte.

La profesora Zafra Espinosa de los Monteros (2010, pág. 422), considera que cuando los actos del agente hayan tenido por finalidad lucrarse, únicamente podrá dirigirse contra la identidad ficticia del mismo, ya que este puede amparar en la Ley de Protección de Testigos para evitar dar a conocer su verdadera identidad con el objetivo de mantener su propia seguridad y la de su familia.

Esto sucede porque, aunque la LECrim prevé que una vez que finalice la operación, el agente ya no ostentará identidad supuesta, ello no impide que en el caso que su integridad y vida corran peligro le esté permitido ampararse en la Ley 19/1994 de Protección de Testigos.

Según indica esta autora, la mejor opción para el perjudicado y para la protección del agente encubierto, es que se dirija contra el Estado, pues de este modo el acreedor satisfará su pretensión y la vida e integridad del agente no correrá peligro. A su vez, el Estado podrá subsidiariamente, dirigirse contra el agente si el acto realizado durante la infiltración fue con intención de lucrarse personalmente y no era una consecuencia necesaria de la operación.

2.2 Responsabilidad Penal

Al inicio de este capítulo hemos podido leer el art. 282 bis. 5 de la LECrim donde se señala de modo más o menos claro que el agente quedará exento de responsabilidad criminal de aquellos actos que sean "consecuencia necesaria" para el desarrollo de la investigación. Haciendo especial mención a la referencia a la proporcionalidad en el precepto.

Para saber entonces cuando existe responsabilidad penal en el agente encubierto debemos desgranar ese precepto.

➔ Consecuencia necesaria de la investigación

Esta primera idea quiere decir que las actuaciones llevadas a cabo por el agente tienen que estar directamente relacionadas con la intención del mismo de ganarse la confianza de los miembros de la organización, así como servir de medio para salvaguardar la identidad supuesta bajo la que actúa. Se trata de que sean actuaciones cuyo fin principal sea el éxito de la misión.

En definitiva, lo que esta premisa nos quiere aclarar, es que el delito que el agente cometa, ha de encontrarse estrechamente vinculado con la investigación.

➔ Proporcionalidad

Según algunos autores, la proporcionalidad deberá valorarse atendiendo a los siguientes criterios:

La magnitud del acto ilícito que el agente encubierto hubiere cometido, así como los bienes jurídicos que, por el mismo acto, se hubiesen visto perjudicados.	La gravedad de las actuaciones que la red criminal lleve a término, prestando especial atención a las penas que lleven aparejadas dichas actuaciones, como a su trascendencia social.

Tabla 7. Criterios para medir la proporcionalidad de las actuaciones del agente encubierto. Fuente: (Lafont Nicuesa, 2022). Elaboración propia.

El magistrado Delgado Martín indicaba que sería directamente proporcional el hecho de que el agente cometiese un delito o llegue a participar en el que otro cometa, con el grado que éste tenga de infiltración en la organización criminal. Pues afirmaba que a medida que el agente está más integrado en la red, más posibilidades hay de que se vea obligado a realizar actuaciones para afianzar la confianza de los miembros de la misma.

> *"No debe ser peor el remedio que la enfermedad. En pocas palabras, el agente encubierto no goza de licencia absoluta para matar."* Palacio Sánchez – Izquierdo, citado por Luis Lafont (2022, pág. 287).

Hay situaciones que no generan duda alguna, como puede ser el acto de comprar droga, realizar su trasporte o utilizar una identidad supuesta, pues al fin y al cabo son actos que o bien, se encuentran expresamente recogidos en la ley, o bien se desprenden muy fácilmente de la misma. Son actos que gozan de "cobertura jurídica", pues para ese fin está pensado el art. 282 bis de la LECrim.

Sin embargo, habrá otras situaciones, como la que implique que el agente asalte derechos fundamentales cuya vulneración no estaba prevista en la autorización judicial. En este caso estaríamos hablando de un acto de "desobediencia" por parte del agente y, por ende, de

una actuación que no puede encontrar el amparo bajo lo dispuesto en el 282 bis punto 5 de la LECrim. Existiendo en ese caso responsabilidad penal por parte del agente.

Lo más probable que ocurra, es que la información que obtenga el agente con posterioridad a la comisión del delito (según lo previsto en el apartado anterior), es que la autoridad judicial únicamente tendrá en cuenta la información adquirida por el agente hasta antes de la infracción, pues toda información posterior ha sido obtenida de manera fraudulenta y no será posible su consideración en juicio.

Insisto, en el hecho de que esto es lo más probable que pueda ocurrir, no obstante, será el órgano judicial quien valorará dicha situación, teniendo siempre en cuenta que para el agente en determinadas ocasiones puedes ser complicado hacer una valoración sobre la proporcionalidad de la medida que esté tomando en según qué situaciones. Tendrán entonces los jueces que considerar si existían o no otros medios para garantizar en aquel momento el éxito de la operación, o si, por el contrario, la medida adoptada por el agente fue la única posible y la menos perjudicial para los derechos fundamentales de los investigados.

2.3 Responsabilidad Disciplinaria

La profesora Zafra Espinosa de los Monteros, indica que, para hablar de la responsabilidad disciplinaria del agente encubierto, en primer lugar, debemos volver a mencionar la responsabilidad penal, pues el art. 27 de la LO 2/1986 determina que serán consideradas como faltas muy graves aquellas conductas que sean consideradas constitutivas de la comisión de un delito doloso. Dichas conductas, asegura, llevarán aparejada la consiguiente suspensión de sus funciones en durante un período de entre tres a seis años o la separación del servicio.

No debemos olvidarnos, que lo anteriormente indicado, únicamente operará en aquellos casos en que la actuación realizada por el agente en el contexto de la infiltración policial no se halle amparada bajo la causa de justificación indicada en el ya conocido art. 282. Bis 5 de la LECrim. Será necesaria, por tanto, la existencia de dolo en la actuación del agente para poder exigir, del mismo, responsabilidad disciplinaria.

Indica también la profesora, que, siempre que no constituya falta muy grave, la actuación del agente como infiltrado podrá dar lugar a faltas graves o incluso faltas leves cuando contradiga el ordenamiento jurídico. Como sería el caso de que se suspendiera la operación de infiltración, pero el agente continuase con la misión, desobedeciendo una orden judicial.

Por último, aclara, que el hecho de que se iniciase un proceso penal por determinadas actuaciones del agente, ese hecho no impediría la apertura de un procedimiento para exigir su responsabilidad disciplinaria. No obstante, el proceso disciplinario no se resolverá hasta que no se obtenga sentencia firme del proceso penal "*vinculando la declaración de los hechos probados en el ámbito penal, a la Administración"* (Zafra Espinosa de los Monteros, 2010, págs. 418-419).

VIII. Extinción de la infiltración

En primer lugar, la principal causa para que se produzca la extinción de la infiltración del agente, es que haya concluido el plazo fijado, llegándose junto a él, al objetivo deseado.

A pesar de ser la causa más "adecuada" o la que se desearía llegar, esto no ocurre en todos los casos y es por ello que existen diferentes causas de extinción de la infiltración policial. Pueden ser causas de extinción, el hecho de que la operación no esté dando los resultados esperados o bien, que el juez haya considerado que, para alcanzar los objetivos marcados, no es necesario continuar con la operación de infiltración.

La infiltración policial también podrá finalizar antes de que concluya el primer plazo de la investigación. Observemos los casos siguientes:

Órgano Competente	Fiscal	Otras situaciones
El órgano competente da por finalizada la infiltración, a causa de alguna circunstancia singular, como puede ser: • Grave riesgo la vida del agente • Falta de recopilación de información o la información recabada no sea relevante. En este caso tanto el juez, como los mandos policiales, e incluso el agente, podrán dar por finalizada la operación. • La información obtenida aclare que el objeto de la investigación no puede ampararse bajo la actuación de un agente encubierto.	Se producirá la extinción de la operación, cuando en el caso de que hubiese sido el Fiscal el autorizante de la misma, posteriormente no lo comunicase al órgano judicial competente o que habiéndolo comunicado, sea el propio órgano judicial el que determine retirar dicha autorización realizada por el Fiscal.	• No se solicita la prórroga una vez finalizado el plazo de duración inicial. En este supuesto, la autorización quedará sin efecto de modo automático, no será necesario que el juez dicte resolución alguna para dejarla sin efecto. • Se ha solicitado la prórroga, pero esta ha sido denegada por el juez: —> En el primer plazo de la infiltración se ha obtenido resultado satisfactorio alguno. —> Desvanecimiento de la apariencia delictiva o el delito no es competencia del agente encubierto. —> El perjuicio a los derechos fundamentales de los investigados en muy elevado y no queda justificado. —> La actuación del infiltrado no es ajustada a derecho.

Imagen 1. Situaciones de extinción infiltración policial. Fuente: (2010, págs. 363 - 366). Elaboración: propia.

En el caso de que el juez de por finalizada la infiltración al no haber obtenido dato relevante alguno, se producirá el sobreseimiento de la causa. El mismo podrá realizarse conforme al art. 637 de la LECrim, en cuyo caso se tratará de un sobreseimiento libre, o podrá realizarse conforme al art. 641 de la LECrim, en cuyo caso se tratará de un sobreseimiento provisional.

En el supuesto de que la información que hubiera obtenido el agente durante le primer período de infiltración no fuese relevante, se debe tener en cuenta, que el agente no puede desaparecer sin más de la organización criminal en la que ha estado infiltrado. En el caso de que algún miembro de la red se desvinculase de manera repentina, su vida podría correr un grave peligro, pues en cualquier caso se levantarían sospechas sobre quién era o por qué ha desaparecido de pronto.

Habrá de permitírsele al agente, teniendo en cuenta que en el caso que estamos hablando, los investigados no habrán sido procesados, que permanezca durante un período de tiempo más en la red criminal. Durante el período que dure este trance, la información que obtenga el agente ya no tendrá validez probatoria, pues la operación ya ha sido previamente cancelada, lo único que se estará permitiendo aquí, es la desconexión progresiva del infiltrado.

CONCLUSIONES

La elaboración de este trabajo me ha permitido conocer en mayor profundidad la figura del agente infiltrado (completamente desconocida para mi hasta ahora) y lo que a la misma rodea. Ha sido muy interesante informarse e indagar sobre el asunto, pues son cuestiones que a mi parecer despiertan un gran interés.

Me hubiera gustado tratar más aspectos acerca de esta figura, pues ahora que el trabajo está finalizado y con la cantidad de información que hay al respecto, se han quedado varias cuestiones fuera, que también hubiera sido interesante desarrollar. Pero a fin de hacer el trabajo lo más completo y explicativo posible, decidí tratar tan solo algunos de los principales temas que rodean a esta figura.

Las principales conclusiones de esta investigación son:

I. Que el agente infiltrado es una figura muy necesaria tanto para poder conseguir información de calidad sobre las organizaciones criminales, como para poder desmantelarlas sin que causen mayores perjuicios a la sociedad.
   Pues finalmente no hay un mejor modo de acabar con una red criminal, que conocer como funciona desde dentro y saber la jerarquía de sus integrantes.

II. Que las actuaciones que realiza el agente infiltrado han de estar expresamente detallas en la autorización judicial, pues de lo contrario podrían verse perjudicados ciertos derechos fundamentales de los investigados y por ende podría darse la posibilidad de que las pruebas adquiridas no puedan ser utilizadas en juicio.
   A este respecto, considero que quizá sería de mayor utilidad, dejar que el agente actúe del modo considere más adecuado para los fines de la investigación, dentro de la organización (siempre con determinados límites). De modo que la falta expresa de autorización para un determinado acto del agente encubierto, no deje sin validez la prueba que éste hubiera obtenido, pues no debemos olvidar que la persona que decide aceptar esta operación pone su vida en juego y debería tener un mayor respaldo por parte de la justicia.

III. La información obtenida por el agente encubierto mediante su identidad supuesta no sería posible conseguirla a través de otros medios policiales de investigación (como podría ser un interrogatorio).

IV. La utilización de la figura del agente encubierto ha de ser utilizada de manera subsidiaria, deberá ser utilizada cuando no haya posibilidad de aplicar una medida menos grave a fin de alcanzar los objetivos de la investigación. Pues los derechos y garantías de los ciudadanos han de ser respetados dentro del proceso penal.

V. La operación que este miembro de la Policía Judicial va a llevar a cabo requiere de un alto nivel de preparación psicológica, pues supone que durante el tiempo que dure la infiltración tendrá que abandonar su vida y centrarse únicamente a la misión a la que está llamado. Sin olvidar, que el entorno en el que se adentrará, suele ser un entorno hostil y violento, ya que las organizaciones criminales se dedican a actividades delictivas.

VI. La delgada línea entre el agente provocador y la figura que aquí estudiamos es importante. Pues recordemos que el agente provocador induce a la comisión de un delito con el principal objetivo de castigar al sujeto que ha sido provocado.

Sin que en ningún caso llegue a perpetrarse, debido a la adopción de medidas de prevención adoptadas por el propio agente.

Algunos autores defienden que no es posible castigar la actuación del agente provocador, pues éste realiza una actuación que carece de tipicidad delictiva porque da lugar a la realización de un delito imposible. Por su parte, el sujeto provocado no puede ser culpable pues de no haber intervenido el agente provocador, éste no hubiera actuado de un modo delictivo.

VII. También, al inicio hemos visto la figura del agente encubierto informático. Su principal diferencia con el agente encubierto convencional es que para este último su actuación se encuentra reservada para delitos de delincuencia organizada (indicados en el art. 282 bis LECrim) mientras que el agente encubierto informático actuará en los casos indicados en el artículo anterior, además de los supuestos referidos en el art. 588 ter a) así como los indicados en el art. 579.1 y los delitos que sean cometidos mediante medios de información y comunicación.

VIII. La infiltración policial reposa, en la iniciativa policial que deriva tanto de la existencia de una investigación judicial (mandato del Juez de Instrucción), así como de la investigación preliminar por parte del Ministerio Fiscal.

La Policía Judicial a pesar de tener una autonomía limitada, podrán de modo autónomo exponer la naturaleza de esta medida. En este supuesto si judicialmente se adoptase la medida, el agente declarará en este período previo, pero no será aplicable la exención de responsabilidad.

Con ello debemos entender que a pesar de que la autorización inicial dependía del Juez de Instrucción o en su caso, del Ministerio Fiscal, no es posible apartar a la Policía Judicial de la decisión sobre la adopción de dicha medida, pues su posición para la obtención de indicios sobre actividades delictivas es fundamental.

IX. Se trata de un sistema que exige una doble autorización, cuya base principal es la intromisión en los derechos fundamentales de los sujetos investigados, acompañado de la necesidad de asignar al agente encubierto inmunidad suficiente para alcanzar su efectividad.

X. La causa será autorizada y posteriormente seguida por el Juez de Instrucción correspondiente. Es competente el juez que o bien esté conociendo la causa en le momento de la solicitud, o bien, aquel al que le corresponde la instrucción de aquellos delitos sujetos a investigación a través de infiltración (siempre que la solicitud sea consecuencia de investigaciones ya realizadas por la Policía Judicial).

XI. Por su parte, el Ministerio Fiscal se encuentra facultado para autorizar la infiltración, dando inmediata cuenta de ello al Juez competente. Podrán además mantener el control durante el trascurso de la investigación.

Sin olvidarnos que el Ministerio Fiscal no se haya facultado para aplicar medidas que supongan la restricción de derechos fundamentales.

XII. La LECrim no establece un período determinado para llevar a cabo la infiltración policial. Sí define la ley un período para la identidad supuesta del agente, estableciendo así un período de seis meses prorrogables por plazo de la misma duración.

Período de tiempo aparentemente escaso para llevar a cabo una operación de las características de una infiltración policial dentro de una organización criminal, pues solo el hecho de llegar hasta dicha red y poder "ganarse" la confianza de sus miembros, conllevará un período muy superior a los seis meses. Por ende y teniendo en cuenta que la identidad supuesta es un elemento esencial en este tipo de operaciones, es muy probable que dicho período deba prorrogarse para alcanzar los objetivos de la investigación.

XIII. Para poder procederse a la prórroga los resultados que se hayan obtenido hasta el momento deben ser considerados buenos y de utilidad. Si por el contrario los resultados no hubieran sido provechosos, el órgano judicial competente podrá denegar la prórroga.

XIV. El respeto a los derechos fundamentales es el primer límite con el que se encontrará toda actuación del agente, será el respeto a los derechos fundamentales de los investigados. Pues como ya hemos visto anteriormente, si el agente realiza alguna actuación que se extralimite de la autorización judicial, estará realizando una vulneración abusiva de los derechos fundamentales.

XV. La proporcionalidad de la medida adoptada y la prohibición de que el delito sea provocado por el agente, son los otros límites con los que se encontrará a la hora de actuar. En función de si el agente a respetado o no estes límites, carecerán o no de validez procesal las pruebas adquiridas durante la operación.

XVI. Las responsabilidades en que podrá incurrir el agente serán civil contractual y extracontractual, penal y disciplinaria.

XVII. La extinción de la infiltración policial podrá darse por conclusión del plazo establecido, alcanzando el objetivo marcado.
Supondrá también causa de extinción cuando la operación de los resultados esperados o cuando por orden del juez se considere que no es necesario mantener la operación de infiltración para lograr los objetivos.

XVIII. Por último, me gustaría señalar que en la actualidad no hay suficiente normativa en cuanto a determinados extremos relativos a esta figura. Es necesario legislar sobre el agente infiltrado y todos sus aspectos para que el amparo ante la ley de esta figura sea mayor y proporcione seguridad al sujeto que se adentre en una organización criminal.

XIX. Es necesaria la elaboración de una normativa que proteja a aquellos agentes que realizan una labor tan peligrosa como importante. Actualmente la regulación existente es escasa y en ocasiones obsoleta.

XX. La última actualización normativa, relativa al agente encubierto tuvo lugar con el Anteproyecto de Ley Órganica por el que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, por el que se ampliará el límite que tienen los agentes para su actuación, así como el de los registros remotos en sistemas informáticos. El mencionado anteproyecto permitirá facilitar la creación de equipos internacionales, de tal modo que sea más sencillo el proceso de reconocimiento de resoluciones.

JURISPRUDENCIA

ATS Recurso de revisión nº 20295/2011. (14 de septiembre 2011). *ATS de 14 de septiembre de 2011*. Obtenido de https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/994c9728c8526f1a/20111018

CENDOJ. (marzo de 2019). *Centro de Documentación Judicial.* Obtenido de https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/d142f585286f5b5e/20190321

SAP 280/2020. (17 de julio 2020). *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 280/2020 secc. 7º Nº recurso: 420/2020.* Madrid: Audiencia Provincial. Obtenido de https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8bf4d944a4384f7c/20201009

STC 176/1988. (4 de octubre 1988). *Sentencia Tribunal Constitucional 176/1988.* Madrid: Tribunal Constitucional. Obtenido de https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1117

STS 103/2003. (28 de enero 2003). *Sentencia del Tribunal Supremo 103/2003 (Sala de lo Penal).* Madrid: Tribunal Supremo. Obtenido de https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7e721edfae6c7ae7/20030927

STS 1140/2010. (de 29 diciembre 2010). *Sentencia del Tribunal Supremo 1140/2010 (Sala de lo Penal).* Madrid: Tribunal Supremo. Obtenido de https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a732512ae030faa9/20110119

STS 189/2010. (09 de marzo de 2010). *Sentencia del Tribunal Supremo 189/2010 (Sala de lo Penal) nº 10862/2009.* Madrid: Tribunal Supremo. Obtenido de https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7b409805bbffa96a/20100331

STS 249/2004. (26 de febrero 2004). *Sentencia del Tribunal Supremo 249/2004 (Sala de lo Penal).* Madrid: Tribunal Supremo. Obtenido de https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/aa16529428e3cef7/20040424

STS 2519/2007. (04 de abril 2007). *Sentencia del Tribunal Supremo 2519/2007 (Sala de lo Penal).* Madrid: Tribunal Supremo.

STS 277/2016. (06 de abril 2016). *Sentencia del Tribunal Supremo 277/2016 (Sala de lo Penal), nº 10714/2015.* Madrid: Tribunal Supremo. Obtenido de https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/69aace54eff3dc25/20160418

STS 575/2013. (28 de junio 2013). *Sentencia del Tribunal Supremo 575/2013 (Sala de lo Penal).* Madrid: Tribunal Supremo. Obtenido de https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6a7891f5da22b978/20130715

STS 591/2018. (26 de noviembre 2018). *Sentencia del Tribunal Supremo 591/2018 (Sala de lo Penal).* Madrid: Tribunal Supremo. Obtenido de https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/050415cd390760f2/20181210

STS 671/2018. (19 de diciembre 2018). *Sentencia del Tribunal Supremo 671/2018 (Sala de lo Penal) nº 10354/2018.* Madrid: Tribunal Supremo. Obtenido de

https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c46854c19822e27d/20190108

BIBLIOGRAFÍA

BOE. (14 de enero 1999). *Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.* (Vol. num 12). Boletín Oficial del Estado. Obtenido de https://www.boe.es/eli/es/lo/1999/01/13/5

BOE. (6 octubre de 2015). *Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.* Obtenido de https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/10/05/13

BOE num 109. (7 de mayo 2002). *Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.* Boletín Oficial del Estado. Obtenido de https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-8627

BOE num 109. (7 de mayo de 2002). *Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.* Boletín Oficial del Estado. Obtenido de https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-8628

BOE num 260. (17 de septiembre de 1882). *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.* Madrid: Boletin Oficial del Estado. Obtenido de https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con

BOE núm 37. (24 diciembre 1994). *Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.* Boletín Oficial del Estado. Obtenido de https://www.boe.es/eli/es/lo/1994/12/23/19/con

Choclán Montalvo, J. (2000). *La organización criminal: tratamiento penal y procesal.* Madrid.

Delgado García, M. D. (1996). *El agente encubierto: técnicas de investigación: problemática y legislación comparada.* Sevilla: Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla.

Diccionario PanHispánico del español jurídico. (s.f.). *Agente provocador*. Obtenido de https://dpej.rae.es/lema/agente-provocador

Diccionario PanHispánico del español jurídico. (s.f.). *Organización criminal* . Obtenido de https://dpej.rae.es/lema/organizaci%C3%B3n-criminal

Expósito López, L. (2015). El agente encubierto. (Núm 17). Revista de Derecho UNED . Obtenido de (e-spacio.uned.es)

Gascón Inchausti, F. (2001). *Infiltración policial y agente encubierto.* Granada: Comares.

Herrero, M. G. (2004). *Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación.* Colex, S.A. .

La Ley. Soluciones Legales, S.A. (s.f.). *El agente encubierto*. Obtenido de https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkNDC2NDU7Wy1KLizPw8WyMDQ3MDIwMLkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAPrjoUY1AAAAWKE#:~:text=Es%20el%20polic%C3%ADa%20judicial%20que,manifiestamente%20insuficientes%2C%20para%20su%20

Lafont Nicuesa, L. (2022). *El agente policial encubierto.* Tirant lo Blanch. Obtenido de: https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788413788234. Obtenido de https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788413788234

Martínez Atienza, G. (2020). *Investigación tecnológica en los Ciberdelitos.* Ediciones Experiencia. Obtenido de https://elibro.net/es/lc/urjc/titulos/178347

Moreno Catena, V. (1987). *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal.* Poder Judicial, Número Especial 2 (Justicia Penal).

Pozo Pérez, M. (2023). El agente encubierto como medio de investigación de la delicuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española. *Criterio Jurídico, 1 (6)*, págs. 267-310. Obtenido de https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/1006

Queralt Jiménez, J. J. (1999). *Introducción a la Policía Judicial.* Barcelona: Bosch.

Rubert, D. S. (2006). *El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional* . Unisci Discussion papers.

Sanchez, T. (2002). *Derecho de las drogas y las drogodependencias.* Madrid: FAD.

Sancho Monclús, M. (2018). *La figura del agente encubierto en el Derecho procesal español.(Trabajo de Fin de Grado)*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza. Obtenido de: https://zaguan.unizar.es/record/77660/files/TAZ-TFG-2018-2664.pdf.

Valdivieso Alonso, L. (2022). *La investigación penal a través del agente encubierto. Estudio jurisprudencial. (Trabajo de Fin de Grado)*. Valladolid: Universidad de Valladolid. Obtenido de https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/59674/TFG-D_%2001549.pdf?sequence=1

Valiño Ces, A. (2016). *El agente encubierto informático y la ciberdelicuencia: el intercambio de archivos ilícitos para la lucha contra los delitos de pornografía infantil.* Granada: Comares.

Zafra Espinosa de los Monteros, R. (2010). *El Policía Infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español.* Valencia: Tirant lo blanch.

©2023 <Andrea Mancebo Borja>
Algunos derechos reservados
Este documento se distribuye bajo la licencia "Atribución- CompartirIgual 4.0 Internacional" de Creative Commons,
disponible en: https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es